

AS MÃES ENCARCERADAS E A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR¹: UMA DUPLA PUNIÇÃO

Lorena Caroline Lyra de Oliveira²

Cristiane Damasceno Leite Vieira³

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Panorama das Mães Encarceradas e do Exercício da Maternidade no Sistema Prisional Brasileiro; 2 A Perda do Poder Familiar e as Violações aos Direitos da Mãe Encarcerada e do Menor; 2.1 Violações a Princípios Constitucionais; 3 Políticas Públicas e Boas Práticas: Existência e Efetividade para a Neutralização de Usurpações aos Direitos da Mulher Encarcerada e aos Direitos de sua Criança; 3.1 Marco da Primeira Infância e Prisão Domiciliar; 3.2 As Regras de Bangkok; 3.3 Boas Práticas Adotadas; Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Este artigo abordou o tema “As mães encarceradas e a destituição do poder familiar: uma dupla punição”, com foco na condição da mulher encarcerada, em especial quanto ao exercício da maternidade no cárcere. O objetivo central do trabalho foi entender o processo de perda de poder familiar sofrido pelas mães encarceradas, que não contam com o apoio familiar; bem como analisar se a perda configura uma segunda punição para a apenada e entender quais violações a princípios e direitos advém dessa situação. Adotei como metodologia de pesquisa o método de abordagem qualitativa, por apresentar maior liberdade teórico-metodológica para realização do estudo. A metodologia aplicada ao trabalho foi o método estruturalista e o estudo documental, pois busca conhecer a estrutura, o sistema, a partir de um prisma utilitário como elementos que desempenham um papel e cumprem a função de contribuir para o funcionamento da sociedade como uma totalidade integrante a partir de leis, textos e documentos. Os objetivos específicos foram: compreender o panorama das mães submetidas ao cárcere no Brasil; analisar alguns princípios e direitos violados pela perda do poder familiar daquelas reclusas; bem como analisar a existência de políticas públicas aptas a minimizar essas usurpações. Concluí que a perda do poder familiar da mãe encarcerada configura uma segunda pena, sendo esta de caráter perpétuo e cruel, resultando violação grave e direta aos direitos da apenada e da criança, com necessidade urgente de inovações na doutrina, nas leis, no entendimento por parte dos auxiliares da justiça e no posicionamento dos magistrados para agirem com respeito e equidade.

Palavras-chave: Mulheres no cárcere. Perda de poder familiar da mãe presa. Filhos do cárcere. Mãe no cárcere. Violação de direitos da presa.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, da Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da Escola de Direito de Brasília/Instituto Brasiliense de Direito Público – EDB/IDP.

² Técnico Administrativa no Superior Tribunal de Justiça – STJ, servidora pública, Direito, Especialista em Direitos Humanos e Filosofia, Especializando em Direito Penal e Direito Processual Penal da EDB/IDP, lorenalyra23@gmail.com.

³ Vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil/Seção Distrito Federal – OAB/DF, Advogada Criminal Militante, Especialista em Direito Processual Penal, <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4859615D2>, cristiane.damasceno@idp.edu.br.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para elaboração deste artigo foi “As mães encarceradas e a destituição do poder familiar: uma dupla punição”.

A escolha do tema se deu pelo anseio em pesquisar um assunto no qual os enfoques sociológicos e jurídicos estivessem estritamente entrelaçados, de modo que a abordagem sobre as questões que envolvem a perda do poder familiar das mulheres encarceradas que se encontram em situação de vulnerabilidade, em especial às mulheres que ingressaram no sistema prisional quando gestantes, não pudesse ser feita de forma dissociada das questões concernentes à própria condição da mulher no sistema carcerário nacional e das violações de direitos, inclusive fundamentais, resultantes dessas relações. Sendo, pois, interessante desenvolver a investigação e análise sobre o encarceramento feminino, também sobre as condições dessas mulheres quando inseridas no sistema prisional, em especial gestantes e mães, bem como a situação dos filhos nascidos dentro do cárcere.

A pesquisa visa reconhecer a dupla punição da mulher apenada, analisando em quais aspectos essa situação fere a Constituição Federal – CF de 1988⁴, e viola princípios do nosso ordenamento jurídico, bem como usurpa seus direitos e os de seus filhos, que estão sujeitos à opressão do Estado, tornando-os objetos de relações familiares rompidas e entregando-os aos efeitos deletérios desse processo. Necessário se faz também pesquisar a existência e a efetividade de medidas adotadas para combater essa prática de rompimento do vínculo familiar de forma definitiva, buscando resguardar direitos e tomar medidas aptas à proteção da criança.

Diante da alteração compulsória da relação familiar de algumas mães apenadas, urge se compreenda, detecte e combata essa violação legal aos direitos da mulher e da criança. O tema, portanto, possui relevância política, social e acadêmica.

A relevância deste estudo reside, principalmente, na necessidade de conhecer e estudar possibilidades para minimizar a violação de direitos das mães presas e dos filhos que sofrem pela transcendência da penalização da mulher, tendo em vista que também são punidos na medida em que perdem seu direito à convivência familiar em razão do encarceramento de sua mãe.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

Ante tais considerações, ressalta a importância do tema para assegurar a não violação dos mandamentos constitucionais, resguardar garantias à mulher e dar efetividade à proteção integral da criança vítima desse processo, bem como garantir a aplicabilidade e efetividade dos mecanismos que caucionem o exercício do poder familiar pela mulher que se encontra submetida à restrição de liberdade temporária em estabelecimento penal.

Nesse contexto, o artigo foi elaborado a partir de vastas contribuições acadêmicas sobre o encarceramento feminino e os perniciosos efeitos da invisibilidade da mulher perante o sistema prisional.

Cabe ressaltar que não se pretende aqui encontrar soluções estanques para o referido problema, mas sim estudar e aclarar o que acontece às mulheres encarceradas e aos seus filhos quando sujeitas à perda do poder familiar e, também, verificar a existência ou possibilidade de implementação de políticas públicas ou outras ações, pelo Estado ou por outras instituições, que entendam ser corresponsáveis no sentido de evitar usurpação dos direitos e, conseqüentemente, diminuir ou neutralizar o sofrimento da mulher e da criança submetida ao rompimento brusco da relação familiar.

A problematização reside na busca do saber em que medida a perda do poder familiar das mulheres encarceradas, em condição de vulnerabilidade, viola princípios e direitos, da mulher e da criança.

A destituição de poder familiar e a conseqüente perda do filho para adoção configuram uma dupla punição para mulher condenada, ferindo o princípio do *ne bis in idem*? A mãe encarcerada que perde seu filho pela sua condição seria alvo da opressão jurídica em razão da ineficiência do Estado e estaria sujeita à pena de caráter perpétuo e cruel, contrariando dispositivo constitucional? Essa situação usurpava direitos fundamentais da mulher e da criança, tais como o direito à maternidade, o da convivência familiar etc.?

O objetivo do artigo é analisar a dupla punição da mulher/mãe encarcerada em aspectos jurídicos e sociais, demonstrar os direitos e mandamentos constitucionais violados e investigar a existência ou viabilidade de aplicação de políticas públicas ou ações afirmativas a fim de produzir resultados efetivos para a preservação dos direitos da mulher, bem como da criança, vítimas da opressão e ineficiência do Estado em lidar com a maternidade das presas. No primeiro item verifiquei a situação e as condições das mulheres submetidas ao cárcere, em especial gestantes e mães e sua invisibilidade perante o sistema prisional. No segundo item identifiquei os principais direitos violados durante o processo de retirada do poder familiar e de colocação da criança para adoção, bem como diagnostiquei a condição que propicia a

usurpação de tais direitos. Por fim, no terceiro item, pesquisei sobre a existência ou possibilidade de implantação ou viabilidade de políticas públicas, ações afirmativas ou ainda, providências do Estado ou do Poder Judiciário a fim de impedir essa dupla punição de caráter perpétuo e se estas resultaram positivamente na cautela dos direitos da criança e da mãe encarcerada.

1 O PANORAMA DAS MÃES ENCARCERADAS E DO EXERCÍCIO DA MATERNIDADE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Somente no início do século XX vê-se preocupação com aumento do número de mulheres encarceradas no país, isso porque a maioria dos encarcerados até então eram do sexo masculino e pouca ou nenhuma atenção especial se dava à mulher.

Conforme a segunda edição do INFOPEN Mulheres⁵, em junho de 2016, a população prisional feminina atingiu o número excessivamente alto de 42 mil mulheres privadas de liberdade, significando um aumento de 656% em relação aos números registrados no início dos anos 2000, pois naquele ano menos de seis mil mulheres encontravam-se dentro do sistema prisional. Naquele relatório, mostra-se que a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 525% no Brasil, passando de 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres no ano 2000 para 40,6 mulheres encarceradas em 100 mil. No Brasil, no entanto, de acordo com art. 228 da CF de 1988⁶, são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos. Assim, caso consideremos para o cálculo da taxa de aprisionamento de mulheres no país o recorte da população acima de 18 anos, teríamos uma taxa de 55,4 mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres com mais de 18 anos no Brasil.

A Lei de Execução Penal – LEP – Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984⁷ – assegura aos presos, homens e mulheres, assistência à saúde, material, jurídica, educacional, social e religiosa, no entanto o enfoque deste estudo se dará à assistência conferida à presa, em especial à presa gestante ou mãe. Tal ditame prevê ainda a separação de estabelecimentos prisionais em masculinos e femininos. Logo há uma obrigação por parte do Estado quanto à destinação dos estabelecimentos segundo o gênero, todavia, a maioria dos estabelecimentos

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 13-52.

⁶ Ibidem. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

⁷ Idem. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

penais em que elas cumprem suas penas ou aguardam julgamento são mistos. A mesma lei é enfática ao prever que as pessoas condenadas ao cumprimento de pena não poderão sofrer nenhuma mitigação de direitos que não tenha sido determinado na própria sentença ou na lei, vale dizer que, nos casos das mulheres condenadas à pena privativa de liberdade ou mesmo em prisão de caráter provisório, estas conservam todos os demais direitos de que são titulares, conforme asseverado em seu art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política⁸.

O tratamento prisional dispensado às mulheres é ainda pior e mais violador de direitos e garantias que o precário tratamento dispensado aos homens.

A situação e as condições de cumprimento de pena das mulheres submetidas ao cárcere no Brasil, lastreados nos direitos da pessoa presa, preconizados pela LEP, em seu art. 41, embora assegurados, não têm o seu exercício plenamente efetivado, *in verbis*:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:
I - alimentação suficiente e vestuário;
II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
III - Previdência Social;
IV - constituição de pecúlio;
V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;
X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
XI - chamamento nominal;
XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.
XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei n. 10.713, de 2003)
Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento⁹.

⁸ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

⁹ Ibidem.

De acordo com a segunda edição do INFOPEN Mulheres¹⁰ a população carcerária feminina do Brasil englobaria um número de 42.355 mulheres, estando 41.087 incluídas no sistema prisional e outras 1.268 inseridas em carceragens e outras unidades do sistema de segurança pública do país. Estamos na quarta posição mundial, ficando atrás apenas dos Estados Unidos da América – EUA, da China e da Rússia em relação ao tamanho absoluto de sua população prisional feminina, que é composta por mulheres, na sua maioria, jovens, solteiras, primárias, com baixas renda e escolaridade, sendo muitas delas mães. Nesse contexto, as condições de vida são em sua maioria precárias e desumanas. As mulheres são privadas do adequado acesso ao serviço de saúde, educação e justiça.

Em seu art. 14, a LEP ainda prevê que as presas grávidas participarão do pré-natal e serão acompanhadas por um profissional da saúde durante e após o parto, juntamente com seu filho, *in verbis*:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Incluído pela Lei n. 11.942, de 2009)¹¹

Este tratamento especial à mulher presa adveio da Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009¹², que alterou a LEP, a fim de conferir às encarceradas e aos seus recém-nascidos condições assistenciais mínimas. Sua vigência tornou obrigatória a existência de seções especializadas no cuidado das presas na condição de gestante/parturiente nos presídios, colocando a obrigatoriedade de berçários, a fim de que as mães encarceradas possam amamentar e estar com os filhos durante os primeiros seis meses de vida. O aleitamento materno é um direito fundamental resguardado em nossa Carta Magna, em seu art. 5º, inc. L, *in verbis*:

¹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 10-13.

¹¹ Ibidem. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

¹² Idem. **Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009**. Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

[...]¹³.

A assistência à mulher presa também traz como obrigação ao Poder Público à criação de creches nos estabelecimentos prisionais para o adequado atendimento aos filhos das custodiadas – que não possuem parentes ou outro responsável a quem confiá-los –, com idade entre seis meses e sete anos. E estes, durante o período de permanência nos presídios ao lado de suas mães, deverão ser atendidas por profissionais qualificados. Além de ambiente próprio, que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde – SUS para acolhimento das crianças de mulheres presas, seria necessário ainda a existência de creches, as quais deveriam oferecer ensino apropriado às crianças. Essa imposição é feita pelo Marco Legal da Primeira Infância – Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016 –, que, entre outras providências, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990¹⁴, para que ele dispusesse a seguinte regra, *in verbis*:

Art. 19. O art. 8º da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

[...].

§ 10. Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.” (NR)¹⁵

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

¹⁴ Ibidem. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

¹⁵ Idem. **Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 11.770, de 09 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 05 de junho de 2012. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

No entanto, vê-se que embora tais regramentos tragam a possibilidade de um tratamento adequado à mãe e ao filho no cárcere, verifica-se não serem essas as condições efetivamente existentes no país.

Da análise de dados relativos à existência de celas adequadas para gestantes, além da existência de berçário, creche e centro de referência materno-infantil, em estabelecimentos femininos ou mistos, que contam com cela ou dormitório adequado para custodiar gestantes, vê-se que apenas 55 unidades (em todo o país) declaram apresentar cela ou dormitório para gestantes.

Em relação à capacidade de oferecer espaço adequado para que a mulher privada de liberdade permaneça em contato com o seu filho e possa oferecer cuidados ao longo do período de amamentação, apenas 14 % das unidades mistas ou femininas contam com espaços destinados a bebês com até dois anos de idade, sendo estas unidades aptas a receber o número de 467 bebês, em todo o território nacional. Quanto às unidades possibilitadas a receber crianças acima de dois anos, em espaço apto à creche, apenas 3% das unidades prisionais em toda a federação possuem essa condição, com capacidade para receber até 72 crianças.

O relatório INFOPEN Mulheres¹⁶, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em sua segunda edição, analisa novamente a questão sobre o número de filhos das pessoas privadas de liberdade no Brasil. Dos gráficos lá apresentados, verifica-se que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos e que, dentre estes, encontra-se o montante de mais de 1.111 crianças acolhidas juntamente com suas mães nos estabelecimentos penais.

Pelo estudo daquele relatório, constata-se uma excessiva população carcerária feminina e infere-se uma total despreocupação do Estado em realizar políticas públicas adequadas ao encarceramento de presos do sexo feminino, em disponibilizar infraestrutura prisional diferenciada e em assegurar os direitos básicos da mulher presa.

Em especial, nota-se que a questão do exercício da maternidade no ambiente carcerário encontra-se desprezada pelo Poder Público, pois os dados acima referenciados demonstram que os presídios carecem de espaços apropriados para gestantes e lactantes, berçários e creches, o que dificulta o direito à convivência das mães presas com seus filhos, em consequência, rompem-se assim os vínculos maternos com o seu filho, quer seja provisoriamente, no caso das mães que contam com apoio familiar, quer seja de forma

¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 50-52.

definitiva, quando a mãe presa não conta com nenhum apoio da sua família natural ou extensa¹⁷. No último caso, as mães perdem o poder familiar e sua criança é disponibilizada para adoção, essa é situação objeto de análise neste artigo.

Apesar da existência de leis que asseguram o direito da criança permanecer com a mãe durante o período de amamentação, na grande maioria dos estabelecimentos penais brasileiros que abrigam mulheres, são poucos os que possuem locais destinados ao cuidado e ao desenvolvimento saudável da criança lá abrigada provisoriamente. Dentre as poucas penitenciárias que possuem esses locais específicos, são raras as que propiciam ambientes apropriados para um pleno desenvolvimento da criança, tornando-se evidente a falta de condição ambiental adequada ao desenvolvimento do menor depois dos primeiros passos.

Embora não seja o foco deste estudo, um ponto negativo gritante seria a privação de liberdade a qual são submetidas as crianças, cujas mães estão inseridas no sistema prisional brasileiro, pois a inadequação do local às necessidades infantis faz com que os filhos das apenadas tenham o seu direito, de receber condições favoráveis ao desenvolvimento, violado.

2 PERDA DO PODER FAMILIAR E AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DA MÃE ENCARCERADA E DO MENOR

Nesse tópico falarei sobre a Perda do Poder Familiar como uma dupla punição para mulher, de caráter perpétuo, e a usurpação de direitos advindo dessa situação.

Não são raros os relatos de destituição do poder familiar das mães encarceradas ante as violações de direitos, inclusive fundamentais, resultantes dessas ações por parte do Estado.

Dias¹⁸ leciona: “De objeto de direito, o filho passou a sujeito de direito”. Sob essa visão do direito o poder familiar não é mais uma autoridade, mas sim um encargo imposto por lei aos pais sendo, portanto, irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, portanto o seu exercício é personalíssimo, podendo apenas ser delegado a terceiros, preferencialmente a um membro da família. Para a autora, a perda ou destituição do poder familiar, visa preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Ressalva ainda que, ante

¹⁷ O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA assim dispõe: “Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Cf. BRASIL **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 25.

as sequelas geradas, a perda do poder familiar somente deve ser decretada quando a sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho.

Para ideal compreensão faz-se necessário relembrar que os regramentos sobre o poder familiar estão dispostos no Código Civil (CC) de 2002 – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro –, em especial, o dispositivo que determina a suspensão do poder familiar aos condenados por sentença penal irrecorrível – art. 1.637, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão¹⁹. (grifo meu)

bem como as hipóteses de perda, que estão elencadas no art. 1.638, *in verbis*:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei n. 13.509, de 2017)
Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:
(Incluído pela Lei n. 13.715, de 2018)
I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei n. 13.715, de 2018)
a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei n. 13.715, de 2018)
b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei n. 13.715, de 2018)
II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei n. 13.715, de 2018)
a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei n. 13.715, de 2018)
b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei n. 13.715, de 2018)²⁰ (grifo meu).

¹⁹ BRASIL Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

²⁰ Ibidem.

Da análise dos artigos supramencionados do CC de 2002, observa-se que, por via judicial, o poder familiar será extinto quando presente uma das hipóteses do art. 1638. Importante ressaltar que existe outra possibilidade de perda que é a decorrente de crime doloso contra a vida do filho, sendo efeito anexo ao da condenação, de acordo com o disposto no art. 92 do Código Penal (CP), *in verbis*:

Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei n. 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei n. 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei n. 9.268, de 1º.4.1996)

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei n. 13.715, de 2018)

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)²¹

Deste ponto em diante, nas análises seguintes farei sempre referência apenas ao gênero feminino (mãe condenada), por óbvio o estudo se refere apenas à destituição de poder familiar sofrido pela mãe.

Vale lembrar que a prática de qualquer crime contra outrem, que não seja pela pessoa da genitora contra o próprio filho, não é suficiente para a destituição do poder familiar. E isso independe do tempo de condenação fixado na sentença que a mãe deva cumprir recolhida no estabelecimento prisional, sendo possível nessas condições apenas a delegação da guarda para alguém de sua família (natural ou extensa).

A recorrente destituição do poder familiar sofrido pelas presas configura violação também às leis civis e penais.

Cabe destacar que em 2014, com o advento da Lei n. 12.962, de 08 de abril de 2014²², o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990²³

²¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

²² Ibidem. **Lei n. 12.962, de 08 de abril de 2014**. Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

– sofreu algumas alterações a fim de assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Com as alterações, passou a dispor o ECA:

Art. 1º A Lei n. 8.609, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 19.

.....
§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.” (NR)

“Art. 23.

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

§ 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.” (NR)

“Art. 158.

§ 1º A citação será pessoal, salvo se esgotados todos os meios para sua realização.

§ 2º O requerido privado de liberdade deverá ser citado pessoalmente.” (NR)

“Art. 159.

Parágrafo único. Na hipótese de requerido privado de liberdade, o oficial de justiça deverá perguntar, no momento da citação pessoal, se deseja que lhe seja nomeado defensor.” (NR)

“Art. 161.

.....
§ 5º Se o pai ou a mãe estiverem privados de liberdade, a autoridade judicial requisitará sua apresentação para a oitiva.” (NR)²⁴

A Lei n. 12.962/2014²⁵ é de grande importância na medida em que assegura a convivência familiar entre o filho e o genitor preso, não atribuindo ao apenado sua incapacidade de exercer o poder familiar pelo crime cometido. Quanto às mulheres presas, sua condição de ser boa mãe, independe de ter cometido algum crime. No entanto, apesar da inovação desta Lei, é possível a perda do poder familiar das mães reclusas, quando a decisão judicial é fundamentada na observância do melhor interesse da criança.

²³ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

²⁴ Ibidem. **Lei n. 12.962, de 08 de abril de 2014**. Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

²⁵ Idem.

Faz-se necessário esclarecer que não são todas as mães apenas as que perdem o poder familiar do seu filho, mas apenas aquelas que, depois do período autorizado para o convívio com sua criança dentro do sistema prisional, não conseguem indicar parente apto a se responsabilizar pelo menor e a obter a guarda provisória de sua criança.

Necessário destacar o imenso sofrimento dessas mães pela perda de sua criança, pois quando dão à luz no cárcere, o processo de separação entre mães e filhos se reveste de um sofrimento intenso, tanto para a mãe quanto para o bebê. A mãe passa por um processo de hipermaternidade²⁶ durante, aproximadamente, os seis primeiros meses e após esse período tem o filho retirado de sua companhia e colocado para adoção, muitas vezes, contra a sua vontade e a do filho que em seus primários instintos busca o colo da mãe e seu convívio. Essa privação emocional afeta sobremaneira a mãe e o futuro deste menor, podendo resultar em consequências irreversíveis.

O direito à convivência familiar revela-se como direito fundamental de toda criança e adolescente, positivado na Constituição Federal (CF) de 1988, em seu art. 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010)²⁷

A Carta Magna²⁸, quando assegura ao menor a ampla convivência familiar, autoriza também a repressão à violação desse direito, mesmo quando esta violação se faz pelo Estado. Essencial se faz a busca da preservação da unidade familiar por meio da materialização dos princípios constitucionais, sendo essencial valorizar os direitos da personalidade, em especial a parentalidade digna e a busca do melhor interesse do menor.

O melhor interesse da criança, como princípio geral, não se encontra expresso na CF de 1988²⁹ (art. 227, *caput*) ou no ECA³⁰ (art. 1º), sustentando a doutrina especializada ser ele

²⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2016. .

²⁷ Ibidem. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Idem.

inerente à doutrina da proteção integral, da qual decorre o princípio do melhor interesse como critério hermenêutico e como cláusula genérica que inspira os direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna às crianças e adolescentes³¹. Alguns doutrinadores também reconhecem a consagração do princípio geral do melhor interesse também pelo art. 6º, do Estatuto, ao privilegiar a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento³².

Conforme explanado anteriormente, as condições para o encarceramento de mulheres e as dificuldades que elas encontram dentro das prisões brasileiras para o efetivo exercício da maternidade não retiram seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária. Ao contrário, existem inúmeras previsões legislativas garantidoras da convivência entre filhos e seus genitores presos, uma vez que a condição de aprisionamento da mãe, não retira seu direito fundamental à convivência familiar e, sob a perspectiva da criança como sujeito de direito e objeto de proteção, muito menos o direito da criança de sua ampla convivência com a família.

Contudo, apesar da verificação de extensa previsão normativa garantindo este direito, a experiência demonstra violações diárias dentro das penitenciárias brasileiras, configuradas pelo rompimento compulsório dos vínculos familiares entre as mães reclusas e seus filhos.

Conforme verificado no capítulo anterior, a ausência, dentro das penitenciárias, de infraestrutura condigna a acomodar presas gestantes, em estado puerperal e as que amamentam seus filhos recém-nascidos ou, até mesmo, a ausência de creches são formas de negligência e desrespeito àquele direito.

Nesse sentido, abordarei especificamente situações nas quais ocorreu a determinação judicial para a inserção da criança em abrigo, consequente destituição de poder familiar de sua mãe e posterior disponibilização do menor para adoção, por não possuir nenhum adulto próximo à família para por ele se responsabilizar.

Nestes casos, a determinação de destituição do poder familiar deveria ser medida extremamente excepcional, pois só pode ser decretada mediante decisão judicial submetida ao

³⁰ Idem. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

³¹ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **Editora Lex Magister**, s. d. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE O PRINCIPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANCA E DO ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 06 mar. 2018.

³² TEPEDINO, Gustavo. A Tutela Constitucional da Criança e do Adolescente: Projeções Cíveis e Estatutárias. In: SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 866.

contraditório e apenas depois de constatada a impossibilidade de reintegração da criança à sua família de origem (natural ou extensa).

O ECA assim dispõe, em seu art. 24, *in verbis*:

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (Expressão substituída pela Lei n. 12.010, de 2009) Vigência³³

Em Queiroz³⁴, é possível perceber que nos processos que versam sobre a perda do poder familiar da presa, o respeito ao princípio do contraditório nem sempre é efetivado na prática das determinações legais. Existem obstáculos práticos para o cumprimento:

[...] Durante o processo, os fóruns enviam intimações para o endereço dos pais que tem registrados em seus arquivos. Essas cartas chegam às antigas casas das presas e ficam mofando nas caixas de correio. Elas nunca descobrem que foram convocadas a depor e manifestar interesse por manter seus filhos e faltam às audiências. O Estado entende a ausência como desinteresse e mergulha a criança no burocrático e ineficiente sistema de abrigos e adoção. Assim, uma mãe, [...] perde sua garotinha³⁵.

Importante ressaltar que, muitas vezes a falibilidade da citação da mãe ocorre pela incomunicabilidade entre as Varas de Família, responsáveis pelo processo de adoção, e as Varas de Execução Penal. A ausência de manifestação da mãe – que está presa – no processo faz parecer que ela é desinteressada na questão do filho ou está desaparecida, sendo que na maioria das vezes, a mãe apenas não tem nem ideia da existência da ação de destituição do poder familiar.

Diante do exposto, evidente a existência de inúmeras violações a direitos no contexto de destituição do poder familiar da mãe presa. Passo a analisar algumas destas violações.

³³ BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

³⁴ QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 117.

³⁵ Ibidem, p. 73.

2.1 VIOLAÇÕES A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Outra violação observada é ofensa à Carta Magna³⁶, já que esta veda expressamente as penas de caráter perpétuo e as penas cruéis. Em seu art. 5º, inc. XLVII, ela elenca espécies de penas não permitidas no Brasil, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

[...] ³⁷.

A vedação a tais espécies de pena atende ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado como um princípio fundamental na CF de 1988, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...];

III - a dignidade da pessoa humana;

[...] ³⁸.

A propósito, devem ser registradas as considerações de Carvalho:

A dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados³⁹.

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

³⁷ Ibidem

³⁸ Idem.

³⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. **Direito Constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 549.

Nesse sentido, a manifestação de Sarlet, para quem:

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade⁴⁰.

Sendo a dignidade da pessoa humana fundamento para todos os direitos, também é a limitação fundamental a fim de nortear a qualidade e a quantidade da pena aplicada. Por essa razão, se proíbe a prisão perpétua, as penas cruéis etc.

Faz-se necessário asseverar também que, em se tratando de penas privativas de liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana orienta toda a atividade legislativa do Estado e também as ações do Poder Judiciário.

Nesse contexto de proibição da pena de caráter perpétuo e também das penas cruéis, passo a analisar a perda do familiar pela mulher encarcerada.

Como explanado anteriormente, a pena de caráter perpétuo é expressamente proibida no Brasil sob o fundamento de afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana.

A apenada, após sofrer a perda do poder familiar, tem seu filho disponibilizado à adoção, o que pode ser caracterizado como uma pena de caráter perpétuo para as mães e também para os filhos. As mães são impedidas definitivamente de exercer a maternidade e os filhos condenados a viverem para sempre longe de sua mãe e perderiam qualquer referência familiar com o encaminhamento para a adoção.

Quando o pedido de adoção é concluído, não é possível questioná-lo caso as formalidades legais tenham sido cumpridas, pois a decisão é irrevogável e corre em segredo de Justiça, sendo irretratável.

Logo, em tese, esta espécie de punição (caráter perpétuo) deveria estar definitivamente fora do sistema penal brasileiro, sendo intolerável qualquer pena carregada desse estigma, ainda mais quando ocorre de forma reflexa, inviabilizando tomada de ações aptas a repudiar e combater a violação de direitos. Quando perde o poder familiar em razão de sua permanência no cárcere, a mãe condenada recebe, além da pena sentenciada pelo seu crime, outra punição reflexa de forma velada e injusta.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 88-89.

A crueldade das penas não é admitida neste país, conforme o art. 5º, inc. XLVII, da CF de 1988⁴¹, supramencionado. Embora em nosso ordenamento jurídico não haja uma definição específica para o que seja uma pena cruel, podemos inferir do próprio significado palavra cruel (causador de sofrimento, de infelicidade, tragédia) e dos estudos sobre direitos humanos que pena cruel seria aquela que causa constrangimento físico ou psíquico insuportável para um ser humano. Logo, a condição psicológica a qual é submetida uma mãe presa que é destituída do poder familiar sobre seu filho pode ser considerada cruel, pois a perda da convivência com seu filho apenas porque a mãe se encontra em cumprimento de pena configura uma situação traumática e prejudicial tanto para a mãe quanto para o filho, em especial o que ainda estava em fase de amamentação.

Outro aspecto a ser investigado neste segundo capítulo é a tese da dupla ou múltipla punição na medida em que elas são submetidas, além da privação da liberdade, a uma pena de caráter perpétuo – consubstancializada na destituição do poder familiar e consequente perda do filho para adoção –, pena esta não abarcada pela sentença penal condenatória.

Quando perde o poder familiar em razão de sua permanência no cárcere, a mãe condenada recebe, além da pena sentenciada pelo seu crime, outra punição reflexa de forma velada e injusta.

Diante disso, analisarei a violação ao princípio do *no bis in idem*. Esta expressão está consagrada em nosso país, como princípio geral do Direito. O princípio do *no bis in idem* ou *ne bis in idem* vem do direito romano e assegura que uma pessoa não pode ser punida duas ou mais vezes pelo mesmo fato praticado, ou seja, veda a dupla incriminação por uma mesma conduta. Ou seja, no caso, ela praticou uma conduta e como consequência recebeu a sanção penal e de forma injusta receberá outra punição, contudo não abarcada pela sentença penal condenatória. Será uma punição muito mais grave, perpétua e devastadora para a presa.

Outro aspecto é a violação ao princípio da intranscendência ou intransmissibilidade da pena. Esse princípio encontra-se ordenado no art. 5º, inc. XLV, da CF de 1988, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

XLV - **nenhuma pena passará da pessoa do condenado**, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei,

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
[...]⁴². (grifo meu)

Por consequência, a situação em estudo também fere frontalmente esse princípio, na medida em que o filho tem seus direitos usurpados e é penalizado perpetuamente pelo afastamento compulsório de sua mãe e impedido de conviver com seus familiares.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS: EXISTÊNCIA E EFETIVIDADE PARA A NEUTRALIZAÇÃO DE USURPAÇÕES AOS DIREITOS DA MULHER ENCARCERADA E AOS DIREITOS DE SUA CRIANÇA

Por fim, analisarei no terceiro capítulo a necessidade de implementação de políticas públicas ou outras ações, pelo Estado ou por outras instituições, que entendam ser responsáveis no sentido de evitar usurpação dos direitos e, consequentemente, diminuir ou neutralizar o sofrimento da mulher e da criança submetida ao rompimento brusco da relação familiar, bem como conhecer e analisar medidas a serem tomadas, principalmente pelo Judiciário a fim de viabilizar o fortalecimento familiar tão necessário ao indivíduo nos primeiros anos de vida, ao encontro da doutrina de proteção integral à criança.

3.1 MARCO DA PRIMEIRA INFÂNCIA E PRISÃO DOMICILIAR

A doutrina de proteção integral à criança, foi consagrada no Marco Legal da Primeira Infância – Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016⁴³ –, que, dentre outros diplomas, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990⁴⁴ – para nele fazer constar a incumbência de o Poder Público garantir às gestantes e às mulheres com filho na primeira infância, que se encontrem custodiadas em unidades de privação de

⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

⁴³ Ibidem. **Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 11.770, de 09 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 05 de junho de 2012. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

⁴⁴ Idem. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

liberdade, um ambiente apto ao acolhimento das crianças, visando o desenvolvimento integral.

As alterações legislativas e jurisprudenciais consagradas pelo Marco Legal da Primeira Infância buscam atender ao princípio constitucional da proteção integral à criança e inovaram no sentido de permitir a colocação das mulheres gestantes ou com filhos de até 12 anos incompletos em prisão domiciliar. Essa flexibilização para conversão do encarceramento da mulher em prisão domiciliar foi explícita apenas para encarceradas submetidas à prisão provisória, sendo raras as decisões judiciais que o fazem às mães presas já em fase de execução de pena. Contudo, vê-se que a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça – STJ vem superando a interpretação literal de determinados comandos previstos na Lei de Execução Penal – LEP – Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984⁴⁵ –, a fim de abarcar e de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana na individualização da pena, como na decisão no *Habeas Corpus* – HC n. 417.655/MG, de Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado pela Quinta Turma, em 26 de junho de 2018, como podemos observar pelas razões sintetizadas na ementa a seguir reproduzida:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E FURTO. PACIENTE EM REGIME FECHADO. ART. 117 DA LEP. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. FILHOS MENORES DE 10 (DEZ) ANOS. IMPRESCINDIBILIDADE DA GENITORA AO DESENVOLVIMENTO ADEQUADO DAS CRIANÇAS. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PRIORIDADE ABSOLUTA E MELHOR INTERESSE DO MENOR. EXCEPCIONALIDADE. MEDIDA DE CUNHO HUMANITÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O entendimento jurisprudencial dos Tribunais superiores, diante da necessária evolução, vêm superando a interpretação literal de determinados comandos previstos na Lei de Execução Penal, a fim de abarcar e de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana na individualização da pena.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que "a melhor exegese do art. 117 da Lei n. 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha" (HC 366.517/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016).

4. No caso dos autos, embora reclusa no regime fechado, verifica-se que a paciente possui 4 filhos, sendo certo que duas delas possuem menos de 10 anos de idade e, consoante versa os relatórios escolares (e-STJ, fls. 30-34), estão

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

sofrendo problemas de convivência face à ausência da mãe, sendo passível, excepcionalmente, a aplicação do disposto no art. 117, III da Lei de Execuções Penais.

5. Os princípios da proteção integral à criança, da dignidade da pessoa humana, da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor ensejam a concessão da prisão domiciliar como medida de cunho humanitário lastreada pelo disposto no art. 227 da Constituição Federal no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar a imediata transferência da paciente para a prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico ou não, a critério do juiz singular; devendo aquele Juízo adotar as medidas necessárias e as devidas cautelas para o cumprimento dessa decisão, com a advertência de que a eventual desobediência das condições impostas para a custódia domiciliar tem o condão de ensejar o restabelecimento da constrição⁴⁶. (grifo meu)

3.2 AS REGRAS DE BANGKOK

As Regras de Bangkok⁴⁷ são as regras para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Estas são o principal marco normativo a abordar a problemática que envolve o fenômeno do aprisionamento feminino em âmbito internacional. Embora o Brasil tenha sido um dos países a participar efetivamente na elaboração destas regras e trabalhado ativamente para sua aprovação na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, não se viu o mesmo empenho na elaboração de consistentes políticas públicas a efetivar a necessária e devida internalização deste tratado de direitos humanos e, assim, dar cumprimento ao compromisso internacional assumido.

Esse regramento, intitulado Regras de Bangkok⁴⁸, submete o Brasil ao cumprimento de um Tratado Internacional de Direitos Humanos e por essa razão urge o cumprimento de suas regras, em especial, às que garantem uma maior proteção ao direito à convivência familiar entre mães submetidas ao cárcere e seus filhos.

Eis as regras nesse sentido:

[...].

Regra 2

1. [...].

2. Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. *Habeas Corpus* n. 417.665/MG. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento: 26 jun. 2018. Publicação prevista para DJ: 1º ago. 2018.

⁴⁷ Ibidem. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 1-80. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos)

⁴⁸ Ibidem, p. 1-80.

elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças.
[...].

Regra 22

Não se aplicarão sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amamentação.

Regra 23

Sanções disciplinares para mulheres presas não devem incluir proibição de contato com a família, especialmente com crianças.

[...].

Regra 26

Será incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis o contato das mulheres presas com seus familiares, incluindo seus filhos/as, quem detêm a guarda de seus filhos/as e seus representantes legais. Quando possível, serão adotadas medidas para amenizar os problemas das mulheres presas em instituições distantes de seus locais de residência.

[...].

Regra 28

Visitas que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente propício a uma experiência positiva, incluindo no que se refere ao comportamento dos funcionários/as, e deverá permitir o contato direto entre mães e filhos/as. Onde possível, deverão ser incentivadas visitas que permitam uma permanência prolongada dos/as filhos/as.

[...].

Regra 42

1. [...].

2. O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais.

[...].

Regra 48

1. [...].

2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos/as filhos/as não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento

[...].

Regra 49

Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas. Regra 50 Mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles.

Regra 51

1. Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários.

2. O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.

Regra 52

1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente.

2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares.

3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o

máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida.
[...]”⁴⁹.

A realidade mostra ser necessária a criação de tais regras, precisando ainda fomentar e cobrar o comprometimento das autoridades públicas a fim de concretizar sua aplicação, uma vez que a segregação das mulheres gestantes, das que estejam amamentando, ou, ainda, das mães simplesmente reclusas, trazem um grande prejuízo à unidade familiar. Ademais, além de ser extremamente prejudicial para a presa, também afeta intensamente a criança, estendendo os efeitos da pena da mãe a ela, punida sem ter cometido crime algum.

3.3 BOAS PRÁTICAS ADOTADAS

Por ser a destituição do poder familiar da mãe presa, que não conta com família extensa ou natural, uma forma de abuso do poder estatal e de desrespeito aos direitos fundamentais da mãe e da criança, faz-se necessário que tal conduta seja reprimida não só por iniciativa do Poder Judiciário, mas também por todos operadores do Direito, bem como pelo empenho da comunidade nacional.

A necessária implantação de ações, dotadas de interesse público, voltadas às necessidades da sociedade e dos indivíduos que buscam seus direitos como cidadãos nos conduzem às Políticas Públicas. *In casu*, estas visam os caminhos que o Estado pode utilizar-se para assegurar os direitos constitucionalmente garantidos.

Mediante uma atuação interdisciplinar dos profissionais das áreas jurídicas, sociais e psicológicas deve-se buscar a prevenção e a pronta reparação da violação dos direitos das mães encarceradas e dos filhos, sob pena de fazer letra morta as previsões normativas existentes para a garantia da ampla convivência familiar.

A busca de outros mecanismos, sejam eles jurídicos ou extrajurídicos, aplicáveis para neutralizar condutas de violação ao poder familiar; condutas estas concretizadas quando a genitora recebe uma pena adicional, injusta, cruel e perpétua por estar encarcerada – a perda do poder familiar em relação ao seu filho – se faz urgente.

A melhor interpretação jurídica é aquela que viabiliza a aplicabilidade prática das normas garantistas e, neste particular, deve o magistrado utilizar seu Poder Geral de Cautela

⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 20-33. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos)

tomando as providências necessárias à efetividade dos dispositivos aplicáveis ao caso concreto.

Urge a intensificação do processo de despertar iniciado pela doutrina e jurisprudência pátria, reconhecendo a necessidade premente de serem adotadas providências para coibir e reprimir efetivamente a violação à ampla convivência familiar da mulher presa. É preciso um atuar emergencial dos operadores do Direito e seus colaboradores por meio da interação interdisciplinar entre o Direito, a Assistência Social e a Psicologia, para combater a desvaliosa prática de separação da mãe e do filho.

O enfrentamento à usurpação de direitos e às violações de princípios envolve questão de interesse público ante a necessidade de garantir o exercício da maternidade à encarcerada e uma ampla convivência familiar entre mãe e filho, compromissada com as imposições constitucionais, bem como para assegurar o desenvolvimento psicológico hígido de nossas crianças. Importa à sociedade a formação de um indivíduo saudável, provido em suas necessidades psíquicas e a salvo de abusos morais. Propõe-se o combate efetivo aos descumprimento de princípios.

Toda a sociedade, em todos os seus segmentos, deve fazer sua parte. O Poder Judiciário e Ministério Público – MP devem estar mais atentos. Por serem eles os primeiros a defrontarem com casos concretos da perniciosa prática, devem sempre interpretar a lei de acordo com a solução que melhor se aproxime dos anseios humanos para que isso confira aos representantes do povo a legitimidade necessária.

Políticas públicas são estratégias de atuação para erradicação dessa situação violadora, que se torna um problema social.

A separação compulsória de mães e filhos traz consequências nefastas ao desenvolvimento da criança e do adolescente. Desta feita, a partir da propagação de informações acerca do tema cria-se uma maior consciência e amparo social a evitar o aumento vítimas desse processo.

A implementação de políticas públicas torna-se indispensável a garantia dos direitos da mãe encarcerada e das crianças destituídas do contato maternal. Os avanços normativos amplamente citados no artigo, só refletirão positivamente nas práticas judiciais e sociais a partir da implementação de novas diretrizes políticas. Para a garantia dos direitos das mulheres presas e suas crianças é necessária, além dos mecanismos jurídicos, a vontade política.

Nesse contexto, políticas públicas possuem papel assecuratório e fundamental.

Embora, infelizmente, não se possa aqui elencar inúmeras políticas públicas já efetivadas, verifica-se alguns embriões de boas práticas.

Destarte, o Prêmio Innovare premiou, em sua edição XIV, do ano de 2017, a seguinte prática: Política de atendimento “Mães em cárcere”, de autoria da Defensora Pública do Estado de São Paulo, Juliana Garcia Belloque⁵⁰.

A Política Pública de Atendimento “Mães em Cárcere”⁵¹ consiste no fornecimento de atendimento jurídico integral, em todo o Estado de São Paulo, às mulheres presas que estejam grávidas ou em período de amamentação, bem como àquelas que possuam filhos menores de 18 anos ou, ainda, maiores de 18 anos, porém acometido por algum tipo de deficiência, em situação de vulnerabilidade decorrente da custódia penal de sua mãe ou cujo convívio esteja dificultado.

Essa Política tem como objetivos principais:

a) estreitar o contato da Defensoria Pública com a mulher presa; b) garantir o acesso à justiça em sentido amplo; c) preservar o vínculo materno ou familiar, incentivando o contato entre mães e filhos e entre as crianças e adolescentes com a sua família extensa, evitando o acolhimento institucional e o encaminhamento à adoção; d) garantir o exercício da maternidade durante o período de custódia penal; e) assegurar os direitos tanto da mãe, quanto da criança que se encontram em ambiente prisional; f) incentivar a atuação interdisciplinar e intersetorial (dado que a política não depende somente da Defensoria Pública do Estado para ser exitosa); e g) permitir colheita e produção de dados, para análise e elaboração de estudos/diagnósticos/relatórios acerca do perfil das mães presas nos Estabelecimentos Penais de São Paulo, bem como sobre a proporção de número de presas pela natureza do delito praticado, a fim de orientar a adoção de outras políticas públicas sobre a temática.⁵²

Entre os fatores de sucesso da prática, foram citados:

[...] o ganho com a atuação em conjunto entre o defensor criminal e o da infância, permitindo a concretização da assistência jurídica de forma integral, multidisciplinar e coordenada, deixando de se atuar de forma segmentada em uma única área. Em segundo lugar, essa atuação conjunta entre os defensores permite que haja maior celeridade no atendimento, possibilitando uma defesa mais efetiva do vínculo familiar, bem como evitando a institucionalização em massa de crianças e adolescentes e sua colocação para adoção. Em terceiro lugar, a prática também permite que haja a sensibilização/ capacitação das mulheres presas em relação aos seus direitos e de seus filhos. Por fim, destaca-se que a atuação constante da defensoria gerou uma proximidade com as mulheres em situação de encarceramento,

⁵⁰ BELLOQUE, Juliana Garcia. Política de Atendimento “Mães em Cárcere”. **Prêmio Innovare**, ed. XIV, p. 1, 2017. Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/pratica/politica-de-atendimento-maes-em-carcere/print>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

⁵¹ *Ibidem*, p. 1.

⁵² *Idem*, p. 1.

contribuindo para a melhor compreensão do papel da instituição e dos demais atores que participam do sistema de justiça⁵³.

De outra parte, na edição XIII do Prêmio Innovare, categoria Tribunal, vimos que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – TJGO criou o Programa Amparando Filhos “Transformando Realidades com a Comunidade Solidária”⁵⁴.

Esse programa tem como objetivo principal o integral amparo dos filhos de mães presas. Assim foi justificada a criação do Programa:

Sabe-se que do, abrupto, rompimento da relação mães/filhos advindo da prisão materna diversos efeitos colaterais negativos atingem, infelizmente, seus filhos. Os mais notáveis são a perda de seu principal cuidador primário (mãe) e, por isso, o afeto e cuidados, insubstituíveis, ocasionando, inclusive, abalos psíquicos, educacionais, interpessoais e psicológicos que podem, se não percebidos e acompanhados precocemente, perdurarem para toda vida adulta⁵⁵.

A principal inovação apontada foi a seguinte:

Releitura dos elementos já disponíveis nas Comarcas quanto aos direitos da infância juventude e sistema prisional (Juiz, Promotor, Rede de Proteção – Conselhos Tutelares, CREAS e CRAS - e Sociedade Civil Organizada). Com isso, articular e conferir amparo integral às crianças e adolescentes em situação de eminente esquecimento e risco diante do rompimento abrupto das relações mães/filhos a partir da prisão da genitora. Do mesmo modo, regularização da “guarda de fato” para que o guardião passe a gerir, com segurança jurídica, todos os contornos necessários da vida do menor (primordialmente educação e saúde já que a guardiã/mãe encontra-se presa). Visitas periódicas entre mães e filhos em ambiente diverso da prisão (inovando, portanto, em relação às visitas tradicionais – presas/filhas), sem algemas, uniformes que as identifiquem como presas e, fundamentalmente, quanto aos filhos, sem as vexatórias revistas íntimas, sempre em espaços lúdicos de convivência harmoniosa e proveitosa para o fortalecimento/resgate dos laços mães/filhos⁵⁶.

Em relação à contribuição ofertada por esse Programa ao aperfeiçoamento da justiça, foi relatado:

Fundamentalmente, nos sistemas da infância e juventude e criminal. O primeiro consiste no amparo integral da criança e do adolescente, para seu pleno e sadio desenvolvimento mesmo diante da ausência de seu primário e principal cuidador:

⁵³ BELLOQUE, Juliana Garcia. Política de Atendimento “Mães em Cárcere”. **Prêmio Innovare**, ed. XIV, p. 2-3, 2017. Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/pratica/politica-de-atendimento-maes-em-carcere/print>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

⁵⁴ GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Programa Amparando Filhos “Transformando Realidades com a Comunidade Solidária”. **Prêmio Innovare**, ed. XIII, p. 1-3, 2017. Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/pratica/projeto-amparando-filhos-transformando-realidades-com-a-comunidade-solidaria/print>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

⁵⁵ Ibidem, p. 1.

⁵⁶ Idem, p. 1.

sua mãe. Bem por isso, previne-se fator que, segundo renomadas universidades norte americanas (como Princeton e Nova Iorque), possui 5 vezes mais chances de incidência: delinquência juvenil seguindo o caminho já trilhado pela genitora aliada a desestrutura familiar decorrente da ausência materna. Já, no âmbito criminal é consequência da diminuição da reincidência das genitoras na proporção em que reforçam/resgatam o sentimento materno e sua importância a seus filhos. Quanto a este último, dados levantados pelo programa apontam que, no Estado de Goiás, dentre as mais de 300 mães/reeducandas atendidas se, contabilizadas aquelas que foram absolvidas ou beneficiadas por medidas cautelares/prisão domiciliar (inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal), nenhuma retornou ao ambiente prisional por descumprimento da medida o que demonstra a eficácia, inclusive, quanto às mães que tem seus filhos atendidos⁵⁷.

Ao levar em consideração que para implantação desse Programa não foram relatadas dificuldade, outros Tribunais do país também deveriam tomar a iniciativa de reproduzir essa prática.

No contexto de implementação de políticas públicas, não se pode esquecer da urgente e necessária atuação dos Conselhos gestores de políticas públicas, em especial, os Conselhos de Direitos das Crianças e Adolescentes. Estes atuam a fim de garantir o investimento e a execução de políticas públicas direcionadas às questões que afetam a infância e a criar projetos que sejam efetivos à realidade e assim possibilitar o acompanhamento das famílias brasileiras, no sentido de informar, esclarecer, conscientizar sobre as consequências do encarceramento e posterior destituição do poder familiar da mãe presa, principalmente para o menor, visando os pilares da convivência familiar saudável.

Considerações Finais

Tratou-se no primeiro capítulo do panorama das mães encarceradas e do exercício da maternidade no sistema prisional brasileiro. Analisaram-se os dados reais hoje existentes, os quais demonstram a invisibilidade da mulher no sistema prisional brasileiro, mais ainda das gestantes, puérperas e das crianças inseridas nos estabelecimentos penais. Verificou-se também a dificuldade para o exercício da maternidade dentro das penitenciárias pela ausência de infraestrutura adequada ao desenvolvimento saudável de uma criança. Após tempo de permanência limite para das crianças junto às suas mães, há a separação compulsória de ambos, e daí vislumbra-se uma situação que pode configurar uma usurpação concreta e grave dos direitos da apenada - que não conta com família natural ou extensa para responsabilizar-se

⁵⁷ GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Programa Amparando Filhos “Transformando Realidades com a Comunidade Solidária”. **Prêmio Inovare**, ed. XIII, p. 1-2, 2017. Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/pratica/projeto-amparando-filhos-transformando-realidades-com-a-comunidade-solidaria/print>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

pela criança - e também de seu filho, que é a perda do poder familiar daquela mãe presa, com a consequente disponibilização da criança para adoção.

No segundo capítulo, buscamos identificar os principais direitos violados com a efetiva destituição familiar da mãe privada de liberdade. Vários direitos fundamentais e princípios constitucionais são violados, tais como o direito da plena convivência familiar tanto da mãe, quanto do filho, o direito à família, entre outros. Constatou-se que as presas que são destituídas do poder familiar perante seus filhos sofrem uma segunda punição não expressa na sentença condenatória, violando o *ne bis in idem*, que é a perda compulsória do filho, muitas vezes sem ter conhecimento do que ocorreu. Da mesma forma essa grave e desarrazoada segunda punição traduz-se em uma violação a outros princípios constitucionais, como o da limitação das penas, sendo ela uma pena cruel e de caráter perpétuo, pois a criança disponibilizada para adoção não voltará a ter contato com a sua genitora e essa ruptura brusca e definitiva dos vínculos familiares acarretará imensos e irreparáveis sofrimentos para ambos, mãe e filho.

Ainda no segundo capítulo, falamos sobre a violação ao princípio da intranscendência da pena, pois em consequência da pena da mãe o filho muitas vezes também viverá no cárcere, e, pior, poderá sofrer os efeitos da condenação da mãe ao ser despojado de seu direito à plena convivência materna.

Finalmente, no terceiro capítulo comentou-se sobre a existência de políticas públicas e boas práticas, bem como da sua efetividade para a neutralização de usurpações aos direitos da mulher encarcerada e aos direitos de sua criança. Falou-se, ainda, sobre avanços legislativos no sentido de assegurar direitos para as mulheres presas.

Esse estudo verificou a urgência de os aplicadores do direito refletirem sobre as funções do cárcere, considerando a necessidade de enxergar as necessidades da mulher dentro do sistema prisional, em especial gestantes e mães, bem como sopesar a proporcionalidade da aplicação do direito penal em equilíbrio com demais princípios vigentes no ordenamento jurídico pátrio, inclusive com o princípio da intranscendência da pena previsto constitucionalmente.

A pesquisa constatou a invisibilidade das mães encarceradas que perdem seus filhos de forma injusta e indiscriminada, apenas pela sua condição de presa e revela a necessidade de um novo olhar para essas mulheres. Demonstrou-se a existência de enormes distorções entre as leis, as garantias, os objetivos da pena e a realidade dessas mães inseridas no sistema penal brasileiro.

Tem-se a pretensão de alertar sobre a usurpação dos direitos da mulher, na sua condição de mãe encarcerada, e da criança provisoriamente acolhida no sistema prisional, e trazer à baila mais estudos e possíveis soluções viáveis ou, ainda, fomentar ações neutralizadoras de prejuízos a serem desenvolvidas pelo Poder Público e pela sociedade como um todo.

Urge que se garanta e se defenda os direitos individuais das mães que se encontram privadas de liberdade e de convivência com os seus filhos, como dos filhos por meio de conscientização dessas violações e da humanização no encarceramento feminino.

Faz-se necessário um levantamento sobre a atuação da sociedade na repressão de tal processo e a efetividade das medidas adotadas contra tal disfunção violadora dos direitos da criança e da genitora que se encontra em fase de execução penal. Constatou-se que a perda do poder familiar de algumas presas é uma violação direta aos direitos da criança e ao exercício do poder familiar por parte da mãe encarcerada.

REFERÊNCIAS

BELLOQUE, Juliana Garcia. Política de Atendimento “Mães em Cárcere”. **Prêmio Inovare**, ed. XIV, p. 1-4, 2017. Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/pratica/politica-de-atendimento-maes-em-carcere/print>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos)

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. **Lei n. 11.942, de 28 de maio de 2009.** Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. **Lei n. 12.962, de 08 de abril de 2014.** Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. **Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n. 11.770, de 09 de setembro de 2008, e a Lei n. 12.662, de 05 de junho de 2012. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 07 mar. 2019.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra:** condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. <<http://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

_____. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres.** 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. **Habeas Corpus n. 417.665/MG.** Relator: Min. Ribeiro Dantas. Julgamento: 26 jun. 2018. Publicação prevista para DJ: 1º ago. 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. **Direito Constitucional.** 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Programa Amparando Filhos “Transformando Realidades com a Comunidade Solidária”. **Prêmio Inovare**, ed. XIII, p. 1-4, 2017. Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/pratica/projeto-amparando-filhos-transformando-realidades-com-a-comunidade-solidaria/print>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **Editora Lex Magister**, s. d. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 06 mar. 2018.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela Constitucional da Criança e do Adolescente: Projeções Cíveis e Estatutárias. In: SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.